CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL JULIANE KOKOTT apresentadas em 6 de Maio de 2010 [1]

I – Introdução

1. O presente pedido de decisão prejudicial dá ao Tribunal de Justiça a oportunidade de precisar a sua jurisprudência relativa à discriminação em razão da idade na parte respeitante às condições de despedimento de trabalhadores com mais idade [2]. É também a primeira vez que o Tribunal de Justiça é chamado a pronunciar-se, neste contexto, acerca da distinção entre discriminações directas e indirectas em razão da idade.

2. O que está em discussão é um regime consagrado na legislação laboral dinamarquesa que prevê o pagamento de uma indemnização por despedimento a trabalhadores que tenham sido ininterruptamente empregados, durante um período de tempo relativamente longo, pela mesma entidade patronal. Essa indemnização não é paga aos trabalhadores que tiverem atingido a idade em que já podem beneficiar de uma pensão de reforma. E o mesmo se aplica quando o trabalhador em causa pretender procurar novo emprego e nos casos em que a sua passagem imediata à reforma implicar a sujeição a penalizações financeiras ao nível do montante da pensão de reforma, configuráveis, por exemplo, como penalização de pré-reforma.

3. A questão controversa de saber se a proibição de discriminações em razão da idade, prevista no direito da União, também se aplica na relação entre particulares [3] («efeito directo horizontal»), não tem relevância para o caso ora em apreço. É que o litígio em causa no processo principal tem por objecto uma relação jurídica «vertical», em que estão em confronto um trabalhador e a sua entidade patronal de direito público [4].

1 — Língua original: alemão.

2 — Cfr., a este propósito, fundamentalmente, acórdão de 16 de Outubro de 2007, Palacios de la Villa (C-411/05, Colect., p. I-8531).

3 — Acórdãos de 22 de Novembro de 2005, Mangold (C-144/04, Colect., p. I-9981, em especial n.º 77), e de 19 de Janeiro de 2010, Küçükdeveci (C-555/07, Colect., p. I-365, em especial n.º 51; cfr., a título de mero exemplo, conclusões do advogado-geral Mazák apresentadas em 15 de Fevereiro de 2007 no processo Palacios de la Villa (já referido na nota 2, em especial n.ºs 79 a 97 e 105 a 139) e da advogada-geral Sharpston apresentadas em 22 de Maio de 2008 no processo Bartsch (C-427, Colect., p. I-7245, em especial n.ºs 31 a 65 e 79 a 93), as quais contêm uma apreciação crítica da referida jurisprudência.

4 — A situação é diferente no processo pendente Rosenbladt (C-45/09), cuja audiência se realizou no mesmo dia em que teve lugar a audiência no âmbito do presente processo e no qual a advogada-geral Trstenjak apresentou as respectivas conclusões em 28 de Abril de 2010.

II – Quadro jurídico

A – *Direito da União*

4. O quadro jurídico de direito da União, para o presente caso, é constituído pela Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional [5]. Esta directiva tem por objecto, nos termos do seu artigo 1.º,

«[…] estabelecer um quadro geral para lutar contra a discriminação em razão da religião ou das convicções, de uma deficiência, da idade ou da orientação sexual, no que se refere ao emprego e à actividade profissional, com vista a pôr em prática nos Estados-Membros o princípio da igualdade de tratamento».

5. O artigo 2.º, com a epígrafe «Conceito de discriminação», determina o seguinte:

«1. Para efeitos da presente directiva, entende-se por "princípio da igualdade de tratamento" a ausência de qualquer discriminação, directa ou indirecta, por qualquer dos motivos referidos no artigo 1.º

2. Para efeitos do n.º 1:

a) Considera-se que existe discriminação directa sempre que, por qualquer dos motivos referidos no artigo 1.º, uma pessoa seja objecto de um tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável;

b) Considera-se que existe discriminação indirecta sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra seja susceptível de colocar numa situação de desvantagem pessoas com uma determinada religião ou convicções, com uma determinada deficiência, pessoas de uma determinada classe etária ou pessoas com uma determinada orientação sexual, comparativamente com outras pessoas, a não ser que:

i) essa disposição, critério ou prática sejam objectivamente justificados por um objectivo legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários

[…].»

5 — JO L 303, p. 16.

6. O âmbito de aplicação da Directiva 2000/78 é estabelecido nos termos do seu artigo 3.º:

«1. Dentro dos limites das competências atribuídas à Comunidade, a presente directiva é aplicável a todas as pessoas, tanto no sector público como no privado, incluindo os organismos públicos, no que diz respeito:

[…]

c) Às condições de emprego e de trabalho, incluindo o despedimento e a remuneração;

[…]».

7. O artigo 6.º da Directiva 2000/78, que trata da «[j]ustificação das diferenças de tratamento com base na idade», tem o seguinte teor:

«1. Sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 2.º, os Estados-Membros podem prever que as diferenças de tratamento com base na idade não constituam discriminação se forem objectiva e razoavelmente justificadas, no quadro do direito nacional, por um objectivo legítimo, incluindo objectivos legítimos de política de emprego, do mercado de trabalho e de formação profissional, e desde que os meios para realizar esse objectivo sejam apropriados e necessários.

Essas diferenças de tratamento podem incluir, designadamente:

a) O estabelecimento de condições especiais de acesso ao emprego e à formação profissional, de emprego e de trabalho, nomeadamente condições de despedimento e remuneração, para os jovens, os trabalhadores mais velhos e os que têm pessoas a cargo, a fim de favorecer a sua inserção profissional ou garantir a sua protecção;

[…]».

8. O artigo 18.º, n.os 1 e 2, da Directiva 2000/78 estabeleceu como data-limite para a sua transposição o dia 2 de Dezembro de 2003.

B – *Direito nacional*

9. No que respeita ao direito dinamarquês, o quadro jurídico do presente caso é fornecido pela Lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer (Funktionærlov, a seguir «FL») [6].

6 — Código do Trabalho dinamarquês, na redacção das leis n.os 224, de 19 de Maio de 1971, e n.º 287, de 24 de Abril de 1996 (cfr., a este propósito, diploma de alteração legislativa LBK n.º 68, de 21 de Janeiro de 2005).

10. O § 2a da FL tem a seguinte redacção:

«1. Se um funcionário que tenha estado empregado sem interrupção na mesma empresa durante 12, 15 ou 18 anos for despedido, a entidade patronal pagará, quando da cessação de funções do mesmo, um montante correspondente, respectivamente, a um, dois ou três meses de vencimento.

2. O disposto no n.º 1 não é aplicável se na altura da cessação de funções o funcionário pretender beneficiar da pensão de reforma.

3 Se na altura da cessação de funções o funcionário quiser beneficiar de uma pensão de reforma para a qual a entidade patronal contribuiu e se tiver aderido ao respectivo regime antes de completar 50 anos, não terá direito a indemnização por despedimento.

[…]

5. O disposto no n.º 1 é aplicável nos mesmos termos em caso de despedimento sem justa causa».

11. Tal como comunicado pelo órgão jurisdicional de reenvio, o Højesteret dinamarquês [7] tem vindo a interpretar o § 2a, n.º 3, da FL, em jurisprudência constante [8], no sentido de a simples possibilidade de recebimento de uma pensão de reforma fazer cessar o direito à indemnização por despedimento, independentemente de o empregado despedido querer ou não beneficiar da pensão. O mesmo se aplica nos casos em que o pagamento da pensão, logo a partir do momento do despedimento, implica uma redução da pensão relativamente à prestação que seria paga caso só mais tarde se passasse à reforma (redução da pré-reforma).

III – Matéria de facto e processo principal

12. Ole Andersen, nascido em 31 de Maio de 1943, esteve empregado na Region Syddanmark [9] (antes Sønderjyllands Amtsråd [10]) como técnico administrativo, desde 1 de Janeiro de 1979. Por carta de 22 de Janeiro de 2006 a Region Syddanmark pôs termo à relação laboral, com efeitos a partir de Agosto do mesmo ano e com fundamento na sua falta de confiança em que Ole Andersen pudesse exercer as suas funções de modo satisfatório e imparcial. Contudo, foi posteriormente atribuída a Ole Andersen, por decisão arbitral, uma indemnização correspondente a quatro meses de vencimento por despedimento sem justa causa, dado que não havia

7 — Supremo Tribunal da Dinamarca.

8 — Cfr., por exemplo, acórdão do Højesteret de 7 de Dezembro de 1988, Ugeskrift for retsvæsen, 1989, p. 123 H.

9 — Região da Dinamarca do Sul.

10 — Conselho provincial da Jutlândia Meridional.

fundamento para o considerar culpado da alegada infracção [11].

13. De resto, Ole Andersen invocou ainda, na altura do seu despedimento, por correio electrónico de 2 de Outubro de 2006, o direito ao pagamento de uma indemnização de despedimento, nos termos do § 2a, n.º 1, da FL, correspondente a três meses de vencimento, uma vez que se encontrava empregado há mais de 18 anos. A Region Syddanmark, por carta de 14 de Outubro de 2006, recusou o pagamento da indemnização de despedimento, com fundamento no § 2a, n.º 3, FL. Alegou que Ole Andersen não tinha direito à indemnização, uma vez que à data da cessação da relação de trabalho já tinha 63 anos e, portanto, já tinha direito à pensão de reforma.

14. Durante o tempo em que trabalhou para a Region Syddanmark, Ole Andersen esteve abrangido por um regime de pensões previsto em convenção colectiva. Ole Andersen contribuiu com um terço e a Region Syddanmark com dois terços das quotizações mensais. Segundo as regras do regime de pensões em causa, a partir dos 60 anos Ole Andersen podia optar por passar à reforma e por passar a receber a respectiva pensão.

15. O montante da pensão prevista na convenção colectiva depende do momento em que o titular do direito à pensão optar por passar à reforma. Se adiar o momento da passagem à reforma, poderá ter direito a um pagamento mensal mais elevado. No presente caso a situação de facto é a seguinte, segundo as informações, não impugnadas, prestadas no presente processo pela Region Syddanmark [12]: em caso de cessação do pagamento das contribuições em 1 de Agosto de 2006 e de passagem imediata à reforma, o valor anual da pensão de reforma de Ole Andersen seria de 125 374 DKK; contudo, caso mantivesse o pagamento das contribuições, por valor inalterado, até 1 de Junho de 2008, e simultaneamente adiasse a passagem à reforma até esta data, esse valor já ascenderia a 152 611 DKK [13].

16. Ole Andersen não quis passar à reforma após o seu despedimento. Em vez disso inscreveu-se como estando à procura de emprego.

17. A Ingeniørforeningen i Danmark [14], que representa, enquanto associação sindical, os interesses dos engenheiros na Dinamarca,

11 — Segundo as informações, prestadas pelas partes no processo principal em termos coincidentes, esta indemnização tem por base o § 2b da FL e pode ser cumulada com a indemnização ora em causa, prevista no § 2a da FL (cfr., também a este propósito, § 2,a, n.º 5, da FL).

12 — A Region Syddanmark reporta-se, neste contexto, a uma informação prestada pela caixa de previdência da Danske civil- og akademiingeniører ao mandatário processual de Ole Andersen, em 30 de Janeiro de 2008.

13 — Além disso, os beneficiários dispunham ainda da possibilidade de proceder à sua transferência, a partir de 1 de Janeiro de 2007, para um novo regime de pensões, o que teria implicado para Ole Andersen, a partir de 1 de Junho de 2008, um aumento da sua pensão de reforma, concretamente para 167 411 DKK por ano, em caso de cessação do pagamento das contribuições em 1 de Agosto de 2006, ou para 176 544 por ano, em caso de manutenção do pagamento das contribuições até 1 de Junho de 2008.

14 — Ordem dos engenheiros dinamarquesa.

intentou em 12 de Julho de 2007, em nome de Ole Andersen, acção em que pede a condenação da Region Syddanmark no pagamento de uma indemnização por despedimento correspondente a três meses de vencimento. O litígio encontra-se pendente junto do Vestre Landsret, ora órgão jurisdicional de reenvio. A demandante alega, em suma, que o regime jurídico previsto no § 2a, n.º 3, da FL, ao abrigo da qual foi recusado a Ole Andersen o pagamento da indemnização por despedimento, constitui uma discriminação em razão da idade. A demandada discorda.

IV – Questão prejudicial e processo junto do Tribunal de Justiça

18. Por decisão de 14 de Novembro de 2008, que deu entrada na secretaria do Tribunal de Justiça em 19 de Novembro de 2008, o Vestre Landesret suspendeu a instância e submeteu a seguinte questão ao Tribunal de Justiça, para decisão a título prejudicial:

A proibição de discriminação directa ou indirecta em razão da idade, prevista nos artigos 2.º e 6.º da Directiva 2000/78, deve ser interpretada no sentido de que se opõe a que um Estado-Membro mantenha um regime jurídico segundo o qual uma entidade patronal, quando despede um empregado que tenha trabalhado sem interrupção na mesma empresa durante 12, 15 ou 18 anos, lhe deve pagar uma indemnização correspondente a, respectivamente, um, dois ou três meses de vencimento, mas esta indemnização não tem de ser paga se, na altura do despedimento, o empregado tiver a possibilidade de obter uma pensão de reforma ao abrigo de um regime de pensões para o qual a entidade patronal contribuiu?

19. No âmbito do processo no Tribunal de Justiça, apresentaram observações escritas e fizeram alegações as duas partes no processo principal, os Governos dinamarquês e alemão e a Comissão Europeia. Além disso, apresentaram observações escritas os Governos neerlandês e húngaro.

V – Apreciação jurídica

20. O órgão jurisdicional de reenvio pretende essencialmente apurar, através da questão submetida, se um regime jurídico nacional, segundo o qual os trabalhadores despedidos não têm direito a uma indemnização por despedimento legalmente prevista nos casos em que no momento da cessação da relação laboral já têm direito a reforma, viola os artigos 2.º e 6.º da Directiva 2000/78.

A – *Observações preliminares relativas à aplicação da Directiva 2000/78*

1. Delimitação do âmbito de aplicação do princípio geral da proibição de discriminações em razão da idade

21. Tal como já foi decidido pelo Tribunal de Justiça [15], a Directiva 2000/78 não consagra, em si mesma, o princípio da igualdade de tratamento em matéria de emprego e de trabalho, tendo antes, como resulta da sua denominação e do seu artigo 1.º, «[…] unicamente por objecto estabelecer, nesses mesmos domínios, um quadro geral para lutar contra a discriminação baseada em diversos motivos, entre os quais figura a idade». O princípio da não discriminação em razão da idade deve ser considerado um princípio geral do direito da União.

22. Partindo deste princípio, o Tribunal de Justiça, em dois processos de reenvio prejudicial que já correram termos, baseou-se directamente no princípio geral da proibição de discriminações em razão da idade [16] e decidiu que cabe ao órgão jurisdicional nacional não aplicar, caso seja necessário, as disposições da lei nacional contrárias a esse princípio [17]. Porém, parece estar em causa um artifício que permite solucionar problemas de discriminação entre particulares, em relação aos quais a Directiva 2000/78 não se aplica directamente e, por conseguinte, não dispõe da virtualidade de afastar a aplicação de direito nacional civil ou do trabalho [18].

23. Seria certamente aliciante proceder-se a uma reapreciação e análise dos fundamentos dogmáticos do controvertido efeito directo horizontal, entre particulares, dos princípios gerais do direito ou dos direitos fundamentais [19], mas isso implicaria, neste contexto, ir longe de mais. É que no presente processo o Tribunal de Justiça tem de pronunciar-se sobre uma relação jurídica vertical, no âmbito da qual Ole Andersen, enquanto trabalhador, pode, sem margem para dúvidas, invocar directamente contra a sua entidade patronal de direito público o princípio da igualdade de tratamento consagrado na Directiva

15 — Acórdãos Mangold (n.os 74 e 75) e Kücükdeveci (n.os 20 e 21), já referidos na nota 3.

16 — Cfr., acerca da controvertida consagração deste princípio geral do direito, conclusões do advogado-geral Tizzano apresentadas em 30 de Junho de 2005 no processo Mangold (já referido na nota 3, n.os 83 e 84), conclusões do advogado-geral Mazák no processo Palacios de la Villa (já referido na nota 2, n.os 79 a 97), conclusões da advogada-geral Sharpston no processo Bartsch (já referido na nota 3, n.os 79 a 93), bem como as minhas conclusões apresentadas em 29 de Abril de 2010 no processo Akzo e Akcros/Comissão (C-550/07 P, ainda não publicadas na Colectânea, n.º 96).

17 — Acórdãos Mangold (n.º 77) e Kücükdeveci (n.º 51), já referidos na nota 3.

18 — Acórdão Kücükdeveci (já referido na nota 3, n.º 46, e jurisprudência aí referida).

19 — Cfr., a este propósito, por exemplo, conclusões do advogado-geral Tizzano apresentadas no processo Mangold (já referido na nota 3, n.os 83, 84 e 100), do advogado-geral Mazák no processo Palacios de la Villa (já referido na nota 2, n.os 133 a 138) e da advogada-geral Sharpston no processo Bartsch (já referido na nota 3, n.os 79 a 93).

2000/78 [20]. Por isso, é perfeitamente suficiente responder ao pedido de decisão prejudicial do Vestre Landsret com recurso exclusivo à referida directiva, que concretiza o princípio geral da não discriminação em razão da idade [21]. O Tribunal de Justiça adoptou este mesmo procedimento em casos recentemente decididos, nos quais estava igualmente em causa a problemática da discriminação em razão da idade em relações jurídicas também elas verticais [22].

2. Âmbito de aplicação pessoal, material e temporal da Directiva 2000/78

24. Nos termos do seu artigo 3.º, n.º 1, alínea c), a directiva aplica-se, «[d]entro dos limites das competências atribuídas à Comunidade [...] a todas as pessoas, tanto no sector público como no privado, incluindo os organismos públicos, no que diz respeito [à]s condições de emprego e de trabalho, incluindo o despedimento e a remuneração» [23].

25. Ole Andersen, enquanto empregado de uma entidade regional dinamarquesa, era pessoa empregue no «sector público» ou junto de um «organismo público», pelo que se encontra abrangido pelo âmbito de aplicação pessoal da Directiva 2000/78.

26. O § 2a da FL regula o direito a uma indemnização por despedimento, em caso de rescisão por iniciativa da entidade patronal. Está aqui em causa uma prestação pecuniária que se prende com as condições de emprego e de trabalho, na acepção do artigo 3.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 2000/78, sendo que para efeitos da sua apreciação jurídica é indiferente se constitui uma condição de despedimento ou uma remuneração. O facto de esta indemnização só ser paga depois da cessação da relação laboral não obsta à sua qualificação como prestação pecuniária devida pela relação de emprego, do mesmo modo que não releva o facto de a sua obrigatoriedade resultar da própria lei [24]. Por esta razão, a

20 — Resulta de jurisprudência constante que, sempre que as disposições de uma directiva, atento o seu conteúdo, sejam incondicionais e suficientemente precisas, os particulares têm o direito de as invocar contra o Estado, designadamente, na sua qualidade de empregador – cfr., entre muitos outros, acórdãos de 26 de Fevereiro de 1986, Marshall (152/84, Colect., p. 723, n.º 49), de 15 de Abril de 2008, Impact (C-268/06, Colect., p. I-2483, n.º 57), e de 23 de Abril de 2009, Angelidaki e o. (C-378/07 a C-380/07, Colect., p. I-3071, n.º 193). É esta a regra no que concerne às proibições de discriminação consagradas no direito da União – cfr. as minhas conclusões apresentadas em 9 de Janeiro de 2008 no processo Impact (n.º 90) e, em especial quanto à aplicabilidade directa de uma proibição de discriminação no tocante às condições de emprego e de despedimento, o acima referido acórdão Marshall (n.ºs 52 a 55).

21 — Acórdão Kücükdeveci (já referido na nota 3, n.º 21).

22 — Acórdão de 18 de Junho de 2009, Hütter (C-88/08, Colect., p. I-5325), bem como acórdãos de 12 de Janeiro de 2010, Wolf (C-229/08, Colect., p. I-1), e Petersen (C-341/08, Colect., p. I-47).

23 — V., também a este propósito, acórdão Hütter (já referido na nota 22, n.º 34).

24 — Quanto à inclusão de prestações pecuniárias pagas após a cessação da relação de trabalho, cfr. acórdão de 1 de Abril de 2008, Maruko (C-267/06, Colect., p. I-1757, n.ºs 40 a 44). Já no tocante a prestações pecuniárias concedidas pela entidade patronal por força da lei, cfr., entre muitos outros, acórdão de 17 de Maio de 1990, Barber (C-262/88, Colect., p. I-1889, n.ºs 16 a 18), de 17 de Fevereiro de 2003, Comissão/Bélgica (C-173/91, Colect., p. I-673, n.º 17), e de 8 de Junho de 2004, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-220/02, Colect., p. I-5907, n.º 36), esta última jurisprudência foi proferida acerca do princípio da igualdade de remuneração para homens e mulheres, mas aplica-se igualmente, sem necessidade de considerações especiais, à Directiva 2000/78.

directiva também se aplica ao caso em apreço sob o ponto de vista material.

27. Do mesmo modo, as disposições contidas na Directiva 2000/78 têm aplicação ao litígio em discussão no processo principal sob o prisma temporal, uma vez que o contrato de trabalho de Ole Andersen foi rescindido em 22 de Janeiro de 2006, ou seja, mais de três anos após o decurso do prazo de transposição da directiva (cfr. artigo 18.º, primeiro parágrafo, da directiva).

B – *Quanto à apreciação jurídica de um regime jurídico como o dinamarquês, ora em apreço, à luz da Directiva 2000/78*

28. A Directiva 2000/78, nos termos do seu artigo 1.º, em conjugação com o seu artigo 2.º, n.º 1, proíbe a discriminação em razão da idade, no que se refere ao emprego e à actividade profissional. A discriminação constitui uma diferença de tratamento que não é justificada [25]. Por isso, importa começar por determinar se uma disposição como o § 2a, n.º 3, da FL gera uma diferença de tratamento em razão da idade (cfr., a este propósito, o ponto imediatamente seguinte); em caso afirmativo, importa apurar se esta diferença de tratamento é justificada (cfr., a este propósito, o ponto dois *infra*) [26].

1. Diferenças de tratamento na acepção do artigo 2.º, n.º 2, da Directiva 2000/78

29. Tal como resulta do seu artigo 1.º, em conjugação com o artigo 2.º, n.º 1, a Directiva 2000/78 combate a discriminação em razão da idade tanto directa como indirecta, no que se refere ao emprego e à actividade profissional.

30. Existe uma *discriminação directa em razão da idade*, na acepção da Directiva 2000/78, sempre que uma pessoa, em razão da idade, seja objecto de um tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável [artigo 2.º, n.º 2, alínea a), em conjugação com o artigo 1.º] [27]; a

25 — Cfr., a este propósito, última frase do vigésimo quinto considerando da Directiva 2000/78: «Urge pois distinguir diferenças de tratamento justificadas […] de discriminações que devem ser proibidas»; neste mesmo sentido, acórdãos Mangold (já referido na nota 3, n.º 58), Palacio de la Villa (já referido na nota 2, n.º 52), e Kücükdeveci (já referido na nota 3, n.ºs 32 e 33).

26 — É este o procedimento seguido pelo Tribunal de Justiça nos acórdãos Wolf (n.º 25) e Petersen (n.º 31).

27 — Cfr., também, acórdão Palacios de la Villa (já referido na nota 2, n.º 50) e acórdão de 5 de Março de 2009, Age Concern England (C-388/07, Colect., p. I-1569, n.º 33), bem como, ainda, acórdãos Hütter (já referido na nota 22, n.º 37), Wolf (já referido na nota 22, n.º 28), Petersen (já referido na nota 22, n.º 34) e Kücükdeveci (já referido na nota 3, n.º 28).

diferença de tratamento em causa resulta, pois, directamente da idade. Diferentemente, existe apenas *discriminação indirecta em razão da idade* sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra seja susceptível de colocar numa situação de desvantagem pessoas de uma determinada classe etária, comparativamente com outras pessoas [artigo 2.º, n.º 2, alínea b)].

31. A delimitação entre discriminação directa e indirecta é juridicamente importante, em especial, porque as possibilidades de justificação variam consoante a diferença de tratamento resulte directa ou indirectamente da idade [28]. Os casos em que é possível justificar uma *discriminação indirecta em razão da idade* encontram-se previstos em termos muito genéricos, no artigo 2.º, n.º 2, alínea b), subalínea i), da Directiva 2000/78 («objectivamente justificados por um objectivo legítimo»), mas já uma *discriminação directa em razão da idade* só pode ser justificada por razões de política social, na acepção do artigo 6.º, n.º 1, da directiva [29], por razões relacionadas com as exigências específicas da actividade em causa, na acepção do artigo 4.º, n.º 1, da directiva [30], ou por exigência de «ordem pública», na acepção do artigo 2.º, n.º 5, da directiva. Daqui resulta que os objectivos que podem ser chamados à colação para justificar uma discriminação directa em razão da idade formam um leque menos amplo do que aqueles que são susceptíveis de justificar uma discriminação indirecta em razão da idade, ainda que as exigências para a apreciação da proporcionalidade sejam, no essencial, as mesmas.

32. Os trabalhadores abrangidos pelo § 2a, n.º 3, da FL encontram-se todos na mesma situação: foram despedidos pela respectiva entidade patronal depois de terem sido empregados sem interrupção da mesma empresa durante um período de tempo relativamente longo de, pelo menos, doze anos. Da mesma forma, são tratados de modo diferente no que toca à indemnização de despedimento ora controvertida, consoante estejam ou não em condições de beneficiar de uma pensão de reforma para a qual a sua entidade patronal tenha contribuído.

33. Numa primeira análise, uma distinção desse tipo, dependente da existência ou não de um direito ao recebimento de uma pensão, parece apontar no sentido de se encontrar em apreciação uma mera discriminação indirecta em razão da idade. Pois o regime do § 2a, n.º 3, da FL, através da remissão para esse direito ao recebimento de uma pensão, parece basear-se num critério neutro, que só ao nível

28 — Também neste sentido, acórdão Age Concern England (já referido na nota 27, em especial n.os 58, 62 e 65).

29 — Cfr. acórdãos Age Concern England (já referido na nota 27, n.os 46, primeira frase, 49 e 52) e Hütter (já referido na nota 22, n.º 41), nos quais o Tribunal de Justiça esclarece que «[…] os objectivos que podem ser considerados "legítimos" na acepção do artigo 6.º, n.º 1, da Directiva 2000/78, e, consequentemente, aptos a justificar uma excepção ao princípio da proibição da discriminação com base na idade, são objectivos de política social, como os ligados à política de emprego, do mercado de trabalho ou da formação profissional» (itálico meu).

30 — Acórdão Wolf (já referido na nota 22, em especial n.os 35 e 45).

dos seus efeitos práticos é susceptível de colocar numa situação de desvantagem sobretudo os trabalhadores mais velhos.

34. Acontece que este ponto de vista, defendido no presente processo especialmente pelo Governo dinamarquês e pela Comissão, é demasiado restritivo. Ignora que também pode existir uma discriminação directa quando certo tratamento desigual se baseia num critério que, numa primeira análise, se afigura neutro, mas que, na realidade, se encontra incindivelmente relacionado com o motivo da diferenciação proibido pelo legislador comunitário.

35. Assim, por exemplo, decidiu o Tribunal de Justiça que comporta uma discriminação directa – e não apenas indirecta – em razão do sexo o caso em que certa actuação da entidade patronal depende da ocorrência ou não de uma gravidez [31]. Isto, porque a gravidez é algo que está relacionado, de forma incindível, com o género da trabalhadora.

36. Esta jurisprudência relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres pode ser transposta para o princípio da igualdade de tratamento previsto na Directiva 2000/78 ora em discussão [32]. Por conseguinte, existirá discriminação directa em razão da idade não apenas quando certa pessoa é objecto de um tratamento menos favorável do que aquele que, expressamente por causa da idade, é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável, mas também quando é objecto desse tratamento com base num critério que está incindivelmente relacionado com a idade, seja ela absoluta ou relativa [33].

37. É o que sucede com o regime previsto no § 2a, n.º 3, da FL, que nega aos trabalhadores que já podem beneficiar de uma pensão de reforma o direito a indemnização por despedimento. Pois um regime deste tipo aplica-se exclusivamente a trabalhadores que já atingiram a idade mínima, aplicável ao caso, a partir da qual podem beneficiar de uma pensão de reforma (idade mínima de reforma). Mais concretamente, segundo o regime de pensões previsto em convenção colectiva, pelo que qual Ole Andersen se encontra abrangido – e como sucede com a maior parte dos regimes

31 — Acórdãos de 8 de Novembro de 1990, Dekker (C-177/88, Colect., p. I-3941, n.os 12 e 17) e Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund (C-179/88, Colect., p. I-3979, n.º 13), bem como acórdãos de 27 de Fevereiro de 2003, Busch (C-320/01, Colect., p. I-2041, n.º 39), e de 20 de Setembro de 2007, Kiiski (C-116/06, Colect., p. I-7643, n.º 55).

32 — Neste mesmo sentido, v. conclusões da advogada-geral Sharpston apresentadas em 25 de Junho de 2009 no processo Bressol e o. (C-73/08, ainda não publicadas na Colectânea, n.º 53), segundo as quais a definição de discriminação directa, tal como foi desenvolvida no âmbito da igualdade de tratamento entre homens e mulheres, é adaptável à discriminação directa por qualquer motivo proibido.

33 — Cfr., acerca da distinção entre idade absoluta e relativa, conclusões da advogada-geral Sharpston no processo Bartsch (já referido na nota 3, n.os 96, 97, 104 e 105).

do mesmo tipo, em vigor na Dinamarca [34] – só podem beneficiar de uma pensão de reforma os trabalhadores que tenham mais de sessenta anos de idade. Portanto, só se encontram abrangidos pelo âmbito de aplicação pessoal do § 2a, n.º 3, da FL os trabalhadores que atingiram uma determinada idade. Só estes podem não beneficiar da indemnização de despedimento prevista no § 2a, n.º 1, da FL. Diferentemente, já os trabalhadores que não atingiram a mencionada idade mínima de reforma, desde que disponham de antiguidade na empresa equiparável, mantêm o direito a indemnização de despedimento.

38. Tal como a conexão à gravidez só pode atingir trabalhadores do género feminino, também a referência feita pelo legislador dinamarquês à possibilidade de se beneficiar de uma pensão de reforma só pode afectar trabalhadores que tenham atingido a idade mínima de reforma e, por conseguinte, uma certa idade. Portanto, o critério da existência ou não de um direito à reforma, do qual se faz depender que um trabalhador com prolongada e ininterrupta antiguidade na empresa receba ou não uma indemnização de despedimento não constitui uma característica distintiva objectiva, mas sim um critério que está directamente relacionado com a idade da pessoa em questão.

39. Deste modo, o regime previsto no § 2a, n.º 3, da FL conduz a uma diferença de tratamento directa em razão da idade, na acepção do artigo 2.º, n.º 2, alínea a), em conjugação com o artigo 1.º, ambos os artigos da Directiva 2000/78 [35].

2. Justificação das diferenças de tratamento

40. Porém, o regime previsto no § 2a, n.º 3, da FL só constitui uma discriminação em razão da idade proibida pela Directiva 2000/78 se essa diferença de tratamento directa em razão da idade não for justificada. O artigo 2.º, n.º 5, o artigo 4.º, n.º 1, e o artigo 6.º da Directiva 2000/78, fixam os requisitos da justificação da diferença de tratamento à luz do

34 — Cfr., a este propósito, a exposição não impugnada do demandante no processo principal, apresentada no âmbito do processo no Tribunal de Justiça.

35 — Neste mesmo sentido, acórdão Age Concern England (já referido na nota 27, n.º 63), no qual a referência à «idade da reforma» foi considerada como uma «forma de discriminação directa na acepção do artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Directiva 2000/78».

direito da União [36]. Só o último artigo, mais concretamente o seu n.º 1, importa para o caso ora em apreço.

42. Através desta formulação algo rebuscada, a Directiva 2000/78 mais não faz do que reproduzir as exigências aplicáveis à justificação de uma diferença de tratamento, tal como comummente reconhecidas pelo direito da União. Neste sentido, a fórmula terminológica interlocutória «objectiva e razoavelmente» não exprime substantivamente algo diferente da parte seguinte da frase com o teor «[…] justificadas por um objectivo legítimo […] apropriados e necessários» [37].

a) Requisitos da justificação nos termos do artigo 6.º, n.º 1, da Directiva 2000/78

41. Nos termos do artigo 6.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da Directiva 2000/78, os Estados-Membros podem prever que as diferenças de tratamento em razão da idade não constituam discriminação «[…] se forem objectiva e razoavelmente justificadas, no quadro do direito nacional, por um objectivo legítimo, incluindo objectivos legítimos de política de emprego, do mercado de trabalho e de formação profissional, e desde que os meios para realizar esse objectivo sejam apropriados e necessários».

43. O Tribunal de Justiça já esclareceu que o advérbio «razoavelmente» [38], na expressão «objectiva e razoavelmente», da primeira parte do artigo 6.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da Directiva 2000/78, não tem significado particular no âmbito da apreciação da causa de justificação [39].

36 — Em relação ao artigo 4.º da Directiva 2000/78 como fundamento válido de justificação de uma diferença de tratamento directa em razão da idade, cfr. acórdão Wolf (já referido na nota 22); em relação ao artigo 6.º da Directiva 2000/78 como fundamento de justificação de uma diferença de tratamento directa em razão da idade, cfr. acórdão Age Concern England (já referido na nota 27, em especial n.º 62); além disso, o Tribunal de Justiça também apreciou à luz do artigo 6.º da directiva casos de diferença de tratamento directa em razão da idade, no que respeita a uma sua eventual justificação, nos acórdãos Mangold (já referido na nota 3), Palacios de la Villa (já referido na nota 2), Hütter (já referido na nota 22), Petersen (já referido na nota 22) e Kücükdeveci (já referido na nota 3).

37 — A fórmula terminológica «objectiva e razoavelmente» (em inglês: «objectively and reasonably justified»; em francês: «objectivement et raisonnablement justifiées») terá a sua origem na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (a seguir «TEDH»), relativa ao artigo 14.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (a seguir «CEDH»), onde é igualmente utilizada como mera fórmula introdutória relativa à apreciação da legitimidade do objectivo e da proporcionalidade: «Selon la jurisprudence de la Cour [européenne des Droits de l'Homme], une distinction est discriminatoire au sens de l'article 14 [CEDH] si elle "manque de justification objective et raisonnable", c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un "but lèigitime" ou s'il n'y a pas de "rapport raisonnable de proportionnaliteì entre les moyens employeìs et le but viseì"» (acórdão Gaygusuz/Áustria do TEDH, de 16 de Setembro de 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-IV, p. 1141, § 42).

38 — Na versão inglesa «reasonably» e na versão francesa «raisonnablement».

39 — Acórdãos Palacios de la Villa (já referido na nota 2, n.ºs 56 e 57) e Age Concern England (já referido na nota 27, n.ºs 65 e 67).

44. Também outras fórmulas utilizadas no artigo 6.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da directiva acabam por só expressar evidências.

45. Assim, através da expressão «objectivo» que os factos e as considerações com que se pretende justificar uma diferença de tratamento têm de poder ser controladas *a posteriori*. Além disso, retira-se da expressão «objectivo» que considerações estranhas à matéria, em especial as que se relacionam mais estreitamente com os critérios de diferenciação proibidos pelo artigo 1.º da Directiva 2000/78, não podem ser chamadas à colação para justificar uma diferença de tratamento em razão da idade. De facto, a diferença de tratamento, como neste caso, só pode servir para a prossecução de «objectivos legítimos» [40], de que o artigo 6.º, n.º 1, da directiva dá exemplos.

46. A expressão «apropriados e necessários», utilizada na segunda parte do artigo 6.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da Directiva 2000/78, constitui uma referência aos critérios utilizados na apreciação da proporcionalidade, tal como é hábito no direito da União.

47. Assim sendo, a justificação de uma diferença de tratamento directa em razão da idade exige, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, da Directiva 2000/78, que a medida em apreço prossiga um *objectivo legítimo* e resista, com êxito, a uma *apreciação da proporcionalidade*.

b) Objectivo legítimo

48. A letra da lei não fornece informação acerca do objectivo prosseguido através do § 2a, n.º 3, da FL. Dela não se inferem as razões pelas quais os trabalhadores despedidos, que já estão em condições de beneficiar de uma pensão de reforma financiada pela sua entidade patronal, não podem receber uma indemnização de despedimento.

49. Porém, isto não significa que se deva considerar, sem mais, que um regime como o dinamarquês, ora em discussão, não é passível de justificação, ao abrigo do artigo 6.º, n.º 1, da Directiva 2000/78. Na verdade, é possível que outros elementos do contexto geral da

40 — A distinção terminológica entre objectivos «legitimen» [legítimos] e que sejam «rechtmäßig» [justificados] constitui uma especificidade da versão alemã; procede-se também a uma distinção semelhante na versão italiana («finalità legittima» e «giustificati obiettivi»). Em todas as outras versões linguísticas do artigo 6.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da Directiva 2000/78, mais concretamente nas versões búlgara, checa, dinamarquesa, inglesa, grega, espanhola, estónia, francesa, letã, lituana, húngara, maltesa, neerlandesa, polaca, portuguesa, romena, eslovaca, eslovena, finlandesa e sueca, não se coloca este problema: em algumas dessas versões só se procedeu uma vez à adjectivação, utilizando-se um adjectivo susceptível de ser traduzido por «legitim» ou por «rechtmäßig», e noutras utilizou-se duas vezes o mesmo adjectivo.

medida legislativa em apreciação permitam identificar o objectivo prosseguido [41].

50. Neste caso, a documentação produzida durante os trabalhos preparatórios [42], referida tanto pelo Vestre Landsret como por alguns dos intervenientes no processo, permite esclarecer quais os objectivos prosseguidos pelo § 2a, n.º 3, da FL. Segundo o referido material, o legislador dinamarquês partiu do princípio de que os trabalhadores despedidos que possam beneficiar de uma pensão de reforma abandonam normalmente o mercado de trabalho. Por isso, não devem beneficiar da indemnização por despedimento a que se reporta § 2a, n.º 1, da FL, cujo objectivo é apoiar os «trabalhadores mais idosos» na «transição para outro emprego», depois de terem prestado a sua actividade durante um período de tempo relativamente longo à mesma entidade patronal.

51. O legislador dinamarquês, ao actuar com o propósito de reintegrar no mercado de trabalho os trabalhadores mais velhos que, depois de perderem o seu emprego, necessitam de outro, e consequentemente com o propósito de configurar em termos socialmente sustentáveis a sua transição para uma nova relação de emprego, prossegue inequivocamente um fim legítimo de política social no âmbito das áreas da política de emprego e do mercado de trabalho. Em princípio, é possível justificar, com fundamento nesse objectivo, uma diferença de tratamento em razão da idade no tocante às condições de despedimento e remuneração [artigo 6.º, n.º 1, primeiro parágrafo, em conjugação com o segundo parágrafo, alínea a), da Directiva 2000/78] [43].

c) Apreciação da proporcionalidade

52. Importa contudo apreciar se para se atingir este objectivo legítimo é proporcionado restringir o círculo das pessoas com direito a indemnização, nos termos do § 2a da FL, aos trabalhadores que, no momento em que abandonam a empresa, ainda não podem beneficiar de uma pensão de reforma, como resulta da aplicação do § 2a, n.º 3, da FL, na interpretação que dele é feita pela jurisprudência dinamarquesa. Por outras palavras, importa determinar se a restrição do círculo das pessoas com direito a indemnização, tal como resulta da jurisprudência dinamarquesa, para efeitos de se atingir o objectivo de

41 — Acórdãos Palacios de la Villa (já referido na nota 2, n.os 56 e 57), Age Concern England (já referido na nota 27, n.os 44 e 45) e Petersen (já referido na nota 22, n.os 39 e 40).

42 — Observações à proposta de lei por ocasião da introdução da disposição controvertida na FL (Folketingstidende 1970-1971, suplemento A, coluna 1334). As considerações então feitas foram confirmadas mais recentemente por ocasião da transposição da Directiva 2000/78 na parte relativa à discriminação em razão da idade, mais concretamente nas observações à proposta de lei L 92 [Folketingstidende 2004-2005 (colectânea 1), suplemento A, pp. 2696 e 2701], que acabou por conduzir à aprovação da lei n.º 1417, de 22 de Dezembro de 2004.

43 — Neste mesmo sentido, acórdãos Mangold (já referido na nota 3, n.os 59 a 61), Palacios de la Villa (já referido na nota 2, n.os 65 e 66) e Kücükdeveci (já referido na nota 3, n.os 35 e 36).

política social em causa, constitui um meio «apropriado e necessário» e se não prejudica excessivamente os trabalhadores aos quais é recusada a indemnização de despedimento [44].

54. A jurisprudência reconhece que os Estados-Membros dispõem de um amplo poder de apreciação na escolha das medidas susceptíveis de realizar os seus objectivos em matéria de política social e de emprego [46]. O papel do Tribunal de Justiça, atendendo a esta prerrogativa que é reconhecida aos Estados-Membros, de analisarem eles próprios a situação concreta, fica limitado a assegurar que as medidas adoptadas não sejam *destituídas de razoabilidade* [47] ou, dito de outro modo, que as medidas adoptadas não sejam *manifestamente inapropriadas* para cumprimento do objectivo prosseguido.

i) Meios apropriados (medida que não é manifestamente inadequada)

53. É «apropriado», na acepção da segunda parte do artigo 6.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da Directiva 2000/78, o meio, empregue pelo legislador nacional – que neste caso consiste em limitar o direito à indemnização de despedimento a pessoas que ainda não podem beneficiar de uma pensão de reforma -, *adequado* ao cumprimento do objectivo legítimo pretendido, ou seja, apoiar os trabalhadores mais velhos, que depois do respectivo despedimento ainda carecem de um emprego, na transição para uma nova relação laboral [45].

55. Um regime, como o consagrado no § 2a, n.º 3, assegura que só poderão receber uma indemnização de despedimento os trabalhadores que ainda não podem beneficiar de uma pensão de reforma. Portanto, só são titulares do referido direito as pessoas em relação às quais se pode partir do princípio, de que, com grande probabilidade, permanecerão disponíveis no mercado de trabalho e estarão à procura de um novo emprego. É inequívoco que a indemnização de despedimento, que só é garantida a quem pertence a esse círculo de pessoas claramente definido, permite concretizar o objectivo prosseguido pelo legislador, que consiste em apenas se conceder apoio aos colaboradores de longa data de uma empresa que efectivamente se encontrem em fase de transição para uma nova relação laboral.

44 — Quanto ao último requisito, cfr., neste mesmo sentido, acórdão Palacios de la Villa (já referido na nota 2, n.º 73).

45 — A utilização do adjectivo «angemessen», na versão alemã do artigo 6.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da Directiva 2000/78, é pouco habitual. Como resulta da leitura de outras versões linguísticas (inglês: «appropriate»; francês: «appropriés»; italiano: «appropriati»; espanhol: «adequados»; português: «apropriados»; neerlandês: «passend»), a utilização do adjectivo «geeignet» teria sido mais acertada. De resto, através da utilização da expressão «geeignet» ter-se-ia evitado a repetição enganosa da expressão «angemessen», na primeira e na segunda parte desta disposição, como se fez nas noutras versões linguísticas.

46 — Acórdãos Mangold (já referido na nota 3, n.º 63), Palacios de la Villa (já referido na nota 2, n.º 68), Age Concern England (já referido na nota 27, n.º 51), Hütter (já referido na nota 22, n.º 45) e Kücükdeveci (já referido na nota 3, n.º 38); v., neste mesmo sentido, o vigésimo quinto considerando da Directiva 2000/78, nos termos do qual as diferenças de tratamento em razão da idade implicam «a existência de disposições específicas que podem variar consoante a situação dos Estados-Membros» (citado no acórdão Palacios de la Villa, n.º 69).

47 — Acórdãos Palacios de la Villa (já referido na nota 2, n.º 72) e Petersen (já referido na nota 22, n.º 70).

Simultaneamente, a medida em causa permite minimizar o risco de que pessoas que na verdade já não procuram trabalho e que pretendem receber a pensão de reforma façam uma utilização abusiva ou contrária aos objectivos prosseguidos da indemnização de despedimento.

56. O demandante no processo principal e a Comissão alegam que, ao contrário do objectivo expressamente proclamado pelo legislador dinamarquês, beneficiam da indemnização prevista no § 2a, n.º 1, da FL não apenas os «trabalhadores mais velhos» mas também trabalhadores mais jovens que tenham iniciado as suas carreiras profissionais comparativamente mais cedo e que têm maior antiguidade relativamente a uma entidade patronal. Neste sentido, é possível que um trabalhador mesmo antes dos quarenta anos tenha atingido doze, quinze ou dezoito anos de antiguidade na mesma empresa, desde que tenha iniciado cedo a sua actividade nessa entidade patronal e não a tenha interrompido. Através desta objecção põe-se em causa a coerência do regime consagrado no § 2a da FL.

57. É verdade que uma legislação nacional só é apta a garantir a realização do objectivo invocado, «[…] se responder verdadeiramente à intenção de o alcançar de uma forma coerente e sistemática» [48]. Se o legislador nacional quisesse efectivamente apenas salvaguardar financeiramente a transição para uma nova relação laboral dos trabalhadores que já atingiram uma idade comparativamente mais avançada, então seria realmente incoerente reconhecer o direito de indemnização por despedimento aos trabalhadores mais jovens, com igual antiguidade.

58. Contudo, tal como foi exposto pela Region Syddanmark e pelo Governo dinamarquês, a indemnização de despedimento deve, na realidade, beneficiar *todos* os trabalhadores que trabalharam durante um período de tempo igualmente longo para uma mesma entidade patronal, uma vez que para os mesmos a transição para uma nova relação laboral é especialmente difícil, independentemente da idade. Nesta medida, não subsistem reservas quanto à coerência de um regime como o dinamarquês, ora em discussão [49].

48 — Cfr., a este propósito e em termos gerais, acórdãos de 10 de Março de 2009, Hartlauer (C-169/07, Colect., p. I-1721, n.º 55), e de 17 de Novembro de 2009, Presidente del Consiglio dei Ministri, dito «Sardegna» (C-169/08, Colect., p. I-10821, n.º 42, parte final), bem como, especificamente no contexto da justificação de uma diferença de tratamento em razão da idade, os acórdãos já referidos na nota 22, Petersen (n.º 53) e Hütter (n.ºs 46 e 47, onde se faz referência a contradições e à falta de coerência interna do regime jurídico nacional aí em discussão).

49 — Também o Tribunal de Justiça, na sua jurisprudência mais recente, tem salientado a importância de os trabalhadores serem tratados de modo igual, em relação à antiguidade, independentemente da idade com que começaram a trabalhar – cfr. acórdãos Hütter (já referido na nota 22, n.ºs 47 a 50) e Kücükdeveci (já referido na nota 3, n.ºs 29 a 31 e 40 a 42).

59. No cômputo geral, um regime como o que vem consagrado no § 2a, n.º 3, da FL não se afigura manifestamente inadequado ao cumprimento do objectivo de política social prosseguido pelo legislador. O referido regime é, por isso, «apropriado», na acepção do artigo 6.º, n.º 1, da Directiva 2000/78.

ii) Necessidade

60. Sucede que um regime como aquele que vem previsto no § 2a, n.º 3, da FL só é «necessário» se o objectivo legítimo prosseguido não poder ser atingido através de uma medida menos gravosa e igualmente adequada.

61. Neste contexto, afigura-se problemático o facto de o legislador dinamarquês, através do § 2a, n.º 3, da FL, ter *pura e simplesmente* negado aos trabalhadores com direito a pensão o direito de indemnização por despedimento, independentemente de as pessoas afectadas quererem de facto passar à reforma ou, ao invés, permanecer profissionalmente activas.

62. Como já foi referido, os Estados-Membros dispõem de um amplo poder discricionário na escolha de medidas para atingirem os seus objectivos em matéria de política social e de emprego [50]. Esta margem de discricionariedade abrange, em princípio, a possibilidade de, por motivos de simplificação, não se proceder à apreciação de cada caso concreto, prevendo-se antes a possibilidade de uma análise dos trabalhadores por tipos, segundo critérios gerais [51], ainda que isso implique alguma injustiça no caso individual.

63. Todavia, a margem de discricionariedade de que os Estados-Membros dispõem no âmbito da política social não pode ter por efeito esvaziar de substância a aplicação do princípio da não discriminação em razão da idade [52].

64. Mas é exactamente isto que acontece no caso em apreço. Um regime como o § 2a, n.º 3, da FL, que desonera automaticamente a entidade patronal do pagamento de uma indemnização de despedimento logo que o trabalhador possa beneficiar do direito a pensão, constitui, na realidade, um convite ao despedimento dos trabalhadores que atingiram a idade mínima de reforma. Do ponto de vista da entidade patronal é financeiramente

50 — Cfr. *supra,* n.º 54 das presentes conclusões, com referências à jurisprudência na nota 46.

51 — V. minhas conclusões apresentadas em 1 de Abril de 2004 no processo Hlozek (C-19/02, Colect., p. I-11491, n.ºs 57 e 58).

52 — Acórdão Age Concern England (já referido na nota 27, n.º 51); neste mesmo sentido, acórdãos de 9 de Fevereiro de 1999, Seymour-Smith e Perez (C-167/97, Colect., p. I-623, n.º 75), de 20 de Março de 2003, Kutz-Bauer (C-187/00, Colect., p. I-2741, n.º 57), e de 18 de Janeiro de 2007, Confédération générale du travail e o. (C-385/07, Colect., p. I-611, n.º 29); cfr., também, minhas conclusões no processo Hlozek (já referidas na nota 51, n.º 59).

mais atractivo despedir, entre trabalhadores com igual antiguidade, os que atingiram uma determinada idade – a idade mínima de reforma.

65. Independentemente disso, podiam ter sido tomadas medidas menos gravosas para assegurar que só beneficiariam de indemnização de despedimento os trabalhadores que efectivamente se mantêm disponíveis no mercado de trabalho e procuram novo emprego. Neste sentido, o legislador dinamarquês podia ter feito depender o pagamento da indemnização da condição de o trabalhador se inscrever nos serviços de emprego por um determinado período e de não pedir a reforma até ao fim desse período. A fim de simultaneamente poupar a entidade patronal a um excesso de trabalho administrativo, podia também ter imposto ao trabalhador a obrigação de apresentar periodicamente, de acordo com intervalos previamente estabelecidos e sem necessidade de interpelação para o efeito, os documentos comprovativos da situação acima descrita. Tal como alega a Comissão, o legislador dinamarquês podia ainda ter imposto ao trabalhador a obrigação de devolver o montante da indemnização por despedimento que se viesse a revelar ter sido recebida indevida ou abusivamente.

66. Nestas circunstâncias, um regime como o que vem consagrado no § 2a, n.º 3, da FL ultrapassa aquilo que é necessário para assegurar, como pretende o legislador, que o pagamento da indemnização por despedimento apenas beneficia pessoas que, depois de serem despedidas, ainda carecem de um novo emprego.

iii) Prejuízo excessivo dos trabalhadores

67. Mas mesmo que se considerasse necessária uma disposição como o § 2a, n.º 3, da FL, a fim de se atingir o objectivo legítimo prosseguido pelo legislador nacional, caberia ainda determinar se o regime em causa não é excessivamente prejudicial para as pretensões legítimas dos trabalhadores.

68. Este critério adicional, que o Tribunal de Justiça desenvolveu no acórdão Palacios de la Villa [53], é, em última análise, expressão do princípio da proporcionalidade, que constitui princípio geral do direito da União, segundo o qual, as medidas, ainda que sejam adequadas e necessárias para se atingir objectivos legítimos, *não podem causar inconvenientes desproporcionados relativamente aos objectivos pretendidos* [54] («proporcionalidade em sentido estrito»). Por outras palavras, é necessário conciliar, na medida do possível, o objectivo de política social prosseguido a nível nacional com as exigências do princípio da igualdade de tratamento [55], cabendo ao Estado-Membro

53 — Neste sentido, acórdão Palacios de la Villa (já referido na nota 2, n.º 73).

54 — Jurisprudência constante; cfr., a título de mero exemplo, acórdãos de 11 de Julho de 1989, Schräder (265/87, Colect., p. 2237, n.º 21), de 10 de Março de 2005, Tempelman e van Schaijk (C-96/03 e C-97/03, Colect., p. I-1895, n.º 47), e de 9 de Março de 2010, ERG e o. (C-379/08 e C-380/08, Colect., p. I-2007, n.º 86).

55 — Acórdão de 19 de Março de 2002, Lommers (C-476/99, Colect., p. I-2891, n.º 39, relativo ao princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres), e acórdão Mangold (já referido na nota 3, n.º 65, relativo ao princípio da igualdade de tratamento tal como consagrado na Directiva 2000/78).

em causa […] achar o justo equilíbrio entre os diferentes interesses em presença [56].

69. Entre os interesses dos trabalhadores afectados pode contar-se o de se continuar a exercer uma actividade profissional, depois da perda de um emprego de longa duração, não obstante já se ser titular do direito a uma pensão de reforma. Releva, neste contexto, que nos termos do direito da União todas as pessoas têm o direito de trabalhar e de exercer as respectivas profissões (artigo 15.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia [57]). Este direito fundamental europeu também se aplica aos Estados-Membros, na aplicação do direito da União, nomeadamente da Directiva 2000/78 ora em discussão (artigo 51.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais). Na interpretação e aplicação de disposições de direito interno importa também ter em conta situações que ainda não se encontrem definitivamente resolvidas [58].

70. O regime previsto no § 2a, n.º 3, da FL torna mais difícil aos trabalhadores que já reúnem condições para beneficiar de uma pensão de reforma a continuação do exercício do direito de trabalhar, uma vez que não são apoiados financeiramente através de uma indemnização por despedimento – ao contrário do que sucede com outros trabalhadores com igual antiguidade. A medida em questão também torna menos fácil de concretizar o propósito, que subjaz à Directiva 2000/78, de se prestar apoio aos trabalhadores mais velhos, para aumentar a sua participação na vida activa [59].

71. É manifesto que o interesse dos trabalhadores afectados de continuarem a trabalhar tem de ser conciliado, de forma justa, com outros interesses. Assim, o Tribunal de Justiça, no acórdão Palacios de la Villa, reconheceu que, por razões de política de emprego e de mercado de trabalho, pode justificar-se que trabalhadores que tenham atingido um determinado limite de idade sejam obrigados a reformar-se [60].

72. Por maioria de razão, os Estados-Membros – tal como os parceiros sociais – não podem ser genericamente proibidos de adoptar medidas menos gravosas do que a reforma compulsiva: uma disposição com o § 2a, n.º 3, da FL não impede os trabalhadores que já podem receber pensão de reforma de continuar

56 — Acórdão Palacios de la Villa (já referido na nota 2, n.º 71).

57 — A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia foi solenemente proclamada em Nice, em 7 de Dezembro de 2000 (JO C 364, p. 1), e, pela segunda vez, em Estrasburgo, em 12 de Dezembro de 2007 (JO C 303, p. 1).

58 — Neste sentido, v. jurisprudência constante, segundo a qual uma norma nova se aplica imediatamente aos efeitos futuros de uma situação surgida na vigência da norma anterior; cfr. acórdãos de 5 de Dezembro de 1973, SOPAD (143/73, Colect., p. 543, n.º 8), de 29 de Janeiro de 2002, Pokrzeptowicz-Meyer (C-162/00, Colect., p. I-1049, n.º 50), de 11 de Dezembro de 2008, Comissão/Freistaat Sachsen (C-334/07 P, Colect., p. I-9465, n.º 43), e de 14 de Janeiro de 2010, Stadt Papenburg (C-226/08, Colect, p. I-131, n.º 46). Desta forma também se explica por que razão o Tribunal de Justiça, no acórdão Kücükdeveci (já referido na nota 3, n.º 22) e no acórdão de 4 de Março de 2010, Chakroun (C-578/08, Colect., p. I-1839, n.º 44), se reportou à Carta como direito primário vinculativo.

59 — Nono considerando da Directiva 2000/78.

60 — Acórdão Palacios de la Villa (já referido na nota 2, n.º 73).

a exercer a sua actividade profissional. O que sucede é, apenas, que os trabalhadores afectados não obtêm o mesmo apoio, na procura de novo emprego, que os trabalhadores que ainda não podem receber pensão de reforma. Desta forma, tal como foi salientado pelos Governos dinamarquês e alemão, vai-se ao encontro, entre outros, do interesse legítimo das entidades patronais nas delimitações dos respectivos encargos financeiros em caso de despedimento [61].

73. Por seu turno, a perda de um simples direito a apoio financeiro, na transição para uma nova relação laboral, pode afectar gravemente os interesses de um trabalhador despedido. É o que acontece, por exemplo, quando a passagem imediata à reforma implica para o trabalhador afectado uma redução da pré-reforma ou outras deduções face ao montante máximo da pensão que, no caso concreto, podia aspirar receber. Num caso destes o seu interesse em continuar a trabalhar é especialmente digno de tutela. Pois normalmente quanto mais trabalhar, mais elevado será o direito de pensão e menores serão as eventuais penalizações de pré-reforma às quais ficará sujeito.

74. O caso de Ole Andersen é paradigmático do que se acabou de expor: se no momento em que cessou a sua relação de emprego, em Agosto de 2006, tivesse optado pela imediata passagem à reforma, teria tido direito a receber uma pensão de reforma anual de 125 374 DKK [62]. Mas se prosseguisse até 1 de Junho de 2008 o pagamento das suas contribuições, em valor igual àquele que até então era pago, assim adiando a passagem à reforma até àquela data, então a sua pensão de reforma anual já passaria a ser de 152 611 DKK [63], ou seja, em aproximadamente apenas dois anos ela teria aumentado, termos nominais, mais de 20%.

61 — O Tribunal de Justiça salientou que «[…] motivos puramente específicos da situação da entidade patronal, como a redução de custos ou o reforço da competitividade […]» não são aptos para justificar uma excepção ao princípio da proibição da discriminação com razão na idade. Mas simultaneamente também não excluiu a hipótese de os interesses das entidades patronais serem devidamente tidos em consideração, no âmbito da prossecução dos objectivos de política de emprego e de mercado de trabalho, considerados de interesse geral. É assim legítimo que o legislador dinamarquês, na configuração do direito à indemnização de despedimento, nos termos do § 2a da FL, tenha também tido em consideração o interesse da entidade patronal em não ser excessivamente onerada, de um ponto de vista financeiro; cfr., a este propósito, acórdão Age Concern England (já referido na nota 2, n.º 51). O Tribunal de Justiça, também no acórdão Kücükdeveci (já referido na nota 3), não considerou de modo algum irrelevantes propósitos como o de «uma maior flexibilidade na gestão de pessoal» e um aligeiramento das obrigações da entidade patronal no âmbito do despedimento de determinados grupos de trabalhadores (n.º 39); o que sucede é que não considerou que a regulamentação prevista pelo legislador, para realizar os mencionados objectivos, fosse «adequada para realizar esse objectivo» (n.º 40).

62 — Em 31 de Agosto de 2006 este montante corresponderia a um contravalor de 16 807,64 euros, ou seja, a aproximadamente 1 400 euros por mês.

63 — Em 1 de Junho de 2008 este montante corresponderia a um contravalor de 20 460,56 euros, ou seja, a aproximadamente 1 705 euros por mês.

75. É certo que, em última análise, cabe na ampla margem de discrição do legislador nacional (ou dos parceiros sociais), em matéria de política de emprego e social, determinar qual o limite até ao qual os trabalhadores têm de suportar penalizações da pré-reforma e outras, face ao montante máximo da pensão que, no caso concreto, podiam aspirar receber. Contudo, tanto quanto se pode perceber esta problemática não foi ponderada pelo legislador dinamarquês, nem quando introduziu o § 2a, n.º 3, da FL [64] ora controvertido, nem quando posteriormente transpôs a Directiva 2000/78 [65]. O legislador dinamarquês não chegou, sequer, a utilizar a margem de discricionariedade de que dispunha nesta matéria.

76. O § 2a, n.º 3, da FL não estabelece qualquer diferenciação entre trabalhadores que atingiram a idade normal de reforma e aqueles que apenas atingiram a idade mínima de reforma. Mas os dois grupos não podem ser tratados, «a eito», uma vez que se distinguem num aspecto crucial: antes de se atingir a idade normal de reforma o recebimento da pensão respectiva implica normalmente penalizações de pré-reforma significativas, o que pode implicar, para a pessoa afectada, penalizações financeiras pesadas. Além disso, os direitos de pensão são normalmente tanto mais reduzidos quanto mais longe o trabalhador se encontra da idade normal de reforma.

77. É um facto que o § 2a, n.º 3, da FL, desde a sua alteração em 1996, restringe os casos em que não se tem direito a indemnização por despedimento a situações em que o trabalhador despedido passou a estar inscrito no respectivo regime de pensões antes dos cinquenta anos. Mas, por esta via, só se faz com que os direitos às chamadas «pensões mínimas» não afectem o direito a indemnização por despedimento. Não se impede que um trabalhador tenha de sujeitar-se a significativas penalizações à pré-reforma. Em casos extremos, pode implicar que o direito à indemnização de despedimento, tal como consagrado no § 2a, n.º 1, da FL, não seja reconhecido a um trabalhador que se tenha inscrito no respectivo regime de pensões com 49 anos e que com 61 anos perca o seu emprego, não obstante, ao só ter contribuído durante doze anos, ter a expectativa de receber uma pensão de reforma, tal como prevista na convenção colectiva, comparativamente baixa, para além de ter ainda, caso solicite o seu pagamento, de se sujeitar a penalizações da pré-reforma.

64 — Originariamente § 2a, n.º 2, da FL.

65 — Tal como resulta dos autos, o legislador dinamarquês, aquando da transposição da Directiva 2000/78, limitou-se a apreciar o § 2a da FL sob o ponto de vista de saber se poderia ser materialmente justificado negar-se a trabalhadores mais jovens a indemnização por despedimento. Diferentemente, a questão de saber se os trabalhadores mais idosos, que já preenchem as condições para receber pensão de reforma, podem ser objecto de discriminação em razão da idade por via do § 2a, n.º 3, da FL, não parece ter sido objecto das análises então efectuadas (cfr. também supra, nota 42).

78. Tudo ponderado, não se pode considerar que uma disposição como o § 2a, n.º 3 da FL seja expressão de um justo equilíbrio de interesses. Essa disposição conduz a que os trabalhadores por ela afectados sejam excessivamente prejudicados, visto pressupor, de forma inilidível, que eles irão abandonar o mercado de trabalho, mesmo sendo pesadamente penalizados em termos financeiros, tendo em conta os valores das pensões que poderiam, concretamente, vir a receber. Porém, um trabalhador tem um interesse justificado em continuar a exercer a sua actividade profissional, se, no caso de imediata passagem à reforma, ficar sujeito a uma significativa penalização de pré-reforma ou a outras deduções, face ao valor máximo da reforma que poderia vir a receber.

79. Desta forma, o caso ora em apreço distingue-se decisivamente do processo Palacios de la Villa, no âmbito do qual as disposições relevantes, tanto da lei espanhola como da convenção colectiva, se reportavam não à idade mínima de reforma, mas sim à idade normal de reforma, sendo ainda que o demandante já tinha atingido aquele que era, para si, o valor máximo do seu direito de pensão [66].

66 — Acórdão Palacios de la Villa (já referido na nota 2, n.os 24, 27 e 30).

iv) Conclusão intercalar

80. Um regime como o consagrado no § 2a, n.º 3, da FL não é necessário para que se possa atingir o objectivo prosseguido pela referida norma. Além disso, conduz a um prejuízo excessivo dos interesses dos trabalhadores afectados. Por estas duas razões, a diferença de tratamento directa em razão da idade que este regime cria não pode ser justificada ao abrigo do artigo 6.º, n.º 1, da Directiva 2000/78.

3. Consequências para o processo principal

81. Segundo jurisprudência constante, ao aplicar o direito nacional, o órgão jurisdicional nacional é obrigado a interpretá-lo, na medida do possível, à luz da letra e da finalidade dessa directiva, para atingir o resultado por ela prosseguido e cumprir desta forma o artigo 288.º, terceiro parágrafo, TFUE [67].

82. Todavia, a obrigação de o juiz nacional tomar como referência o conteúdo de uma directiva quando procede à interpretação das normas pertinentes do direito interno

67 — Cfr., a título de mero exemplo, acórdãos de 10 de Abril de 1984, von Colson e Kamann (14/83, Recueil, p. 1891, n.º 26), e de 5 de Outubro de 2004, Pfeiffer e o. (C-397/01 a C-403/01, Colect., p. I-8835, n.º 113), bem como acórdãos Impact (já referido na nota 20, n.º 98), Angelidaki e o. (já referido na nota 20, n.º 197) e Küçükdeveci (já referido na nota 3, n.º 47).

é limitada pelos princípios gerais de direito, designadamente os da segurança jurídica e da não retroactividade, e não pode servir de fundamento a uma interpretação *contra legem* do direito nacional [68].

83. O princípio da interpretação conforme exige, no entanto, que os tribunais nacionais façam tudo o que for da sua competência, tomando em consideração todo o direito interno e mediante a aplicação dos métodos de interpretação por este reconhecidos, para garantir a plena eficácia da directiva em causa e alcançar uma solução conforme ao objectivo por ela prosseguido [69]. Para o efeito, compete ao órgão jurisdicional nacional dar à disposição de direito interno, em toda a medida em que uma margem de apreciação lhe seja concedida pelo respectivo direito interno, uma interpretação e uma aplicação em conformidade com as exigências do direito comunitário [70].

84. Compete ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar se e em que medida o § 2a, n.º 3, da FL pode ser interpretado em conformidade com as acima referidas exigências da Directiva 2000/78. Sem pretender antecipar-me ao Vestre Landsret, a quem cabe em exclusivo pronunciar-se sobre a interpretação do direito interno [71], afigura-se-me que no caso em apreço essa interpretação conforme à directiva é efectivamente possível. De facto, a exigente aplicação que actualmente é feita da norma excepcional contida no § 2a, n.º 3, da FL encontra a sua razão de ser na interpretação levada a cabo pela jurisprudência dinamarquesa. O texto da disposição em questão («Se na altura da cessação de funções o funcionário quiser beneficiar de uma pensão de reforma […]») também pode ser interpretado no sentido de só serem abrangidas as pessoas que *vão efectivamente receber* a pensão de reforma, sem que isso implique que também o sejam pessoas que apenas *podem receber* essa pensão [72].

85. Se não for possível interpretar o § 2a, n.º 3, da FL de modo conforme à directiva, então o juiz nacional deve deixar de aplicá-lo no processo principal [73], com a consequência de se impor o reconhecimento, a

68 — Acórdão de 16 de Junho de 2005, Pupino (C-105/03, Colect., p. I-5285, n.os 44 e 47), bem como acórdãos Impact (já referido na nota 20, n.º 100) e Angelidaki e o. (já referido na nota 20, n.º 199).

69 — Acórdãos Pfeiffer (já referido na nota 67, n.os 115, 116, 118 e 119), Impact (já referido na nota 20, n.º 101) e Angelidaki e o. (já referido na nota 20, n.º 200); já neste sentido, acórdão de 13 de Novembro de 1990, Marleasing (C-106/89, Colect., p. I-4135, n.º 8), no qual o Tribunal de Justiça salienta que o órgão jurisdicional nacional chamado a interpretar certa directiva «[…] é obrigado a fazê-lo, na medida do possível, à luz do texto e da finalidade da directiva […]».

70 — Acórdão von Colson e Kamann (já referido na nota 67, n.º 28); cfr., também, acórdãos de 4 de Fevereiro de 1988, Murphy e o. (157/86, Colect., p. 673, n.º 11), e de 11 de Janeiro de 2007, ITC (C-208/05, Colect., p. I-181, n.º 68).

71 — Acórdãos de 4 de Julho de 2006, Adeneler e o. (C-212/04, Colect., p. I-6057, n.º 103), e de 19 de Setembro de 2006, Wilson (C-506/04, Colect., p. I-8613, n.º 34), bem como acórdão Angelidaki e o. (já referido na nota 20, n.º 48).

72 — Tal como foi referido pelo Governo dinamarquês nas suas observações escritas, a prática actual relativa ao § 2a, n.º 3, da FL assenta numa interpretação teleológica restritiva da norma, no âmbito da qual se entende o verbo dinamarquês «vil» no sentido de «kan».

73 — Jurisprudência constante; cfr., por exemplo, acórdão Marshall (já referido na nota 20, n.os 55 e 56), segundo o qual o princípio da igualdade de tratamento «pode ser invocado contra uma autoridade estatal que age na qualidade de empregador para afastar a aplicação de qualquer disposição nacional não conforme ao referido [princípio]»; v. também acórdãos ITC (já referido na nota 70, n.º 69) e Petersen (já referido na nota 22, n.os 80 e 81).

quem se encontre numa situação igual à de Ole Andersen, do direito a indemnização por despedimento, ao abrigo do § 2a, n.º 1, da FL. Pois enquanto não forem adoptadas medidas que restabeleçam a igualdade de tratamento, o respeito do princípio da igualdade só pode ser assegurado pela concessão, às pessoas da categoria desfavorecida, das mesmas vantagens de que beneficiam as pessoas da categoria privilegiada [74].

4. Notas finais

86. A fim de se responder utilmente à questão prejudicial submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio, diga-se ainda o seguinte.

87. O facto de o § 2a, n.º 1, da FL fazer depender o pagamento da indemnização por despedimento de uma antiguidade ininterrupta, de vários anos, na mesma empresa, pode eventualmente indiciar que o sentido e o objectivo da referida indemnização não são apenas os de apoiar o trabalhador na transição para uma nova relação laboral. É possível que através da referida indemnização por despedimento também se queira, pelo menos em parte, premiar a lealdade à empresa demonstrada pelo trabalhador.

88. Em resposta a questão que, a este propósito, lhes foi colocada pelo Tribunal de Justiça, as partes pronunciaram-se em termos dissonantes quanto a saber se a regra contida no § 2a da FL também tem ínsito um tal elemento de compensação ao trabalhador pela sua lealdade à empresa. Enquanto o Governo dinamarquês, a Region Syddanmark e a Comissão negaram que assim fosse, já o demandante no processo principal pugnou pelo ponto de vista oposto. Em última análise, compete ao juiz nacional formar uma opinião acerca deste assunto [75].

89. Caso se venha a apurar que o regime consagrado no § 2a da FL visa também premiar, pelo menos em parte, a prolongada lealdade do trabalhador à empresa, então este facto constituirá uma razão suplementar para, necessariamente, não se negar a indemnização por despedimento a trabalhadores pelo simples facto de já poderem beneficiar de uma pensão de reforma. Pois para efeitos de compensação da lealdade à empresa demonstrada no passado é irrelevante o facto de um trabalhador, no momento em que deixa de trabalhar para a empresa, poder ou não beneficiar de uma pensão de reforma.

74 — Jurisprudência constante; cfr., a título de mero exemplo, acórdão de 21 de Junho de 2007, Jonkman e o. (C-231/06 a C-233/06, Colect., p. I-5149, n.º 39, e jurisprudência aí referida).

75 — Acórdão Petersen (já referido na nota 22, n.º 42).

VI – Conclusão

90. Atentas as considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que responda ao pedido de decisão prejudicial do Vestre Landsret nos seguintes termos:

«Sendo concedida aos trabalhadores com determinada antiguidade, em caso de despedimento, uma indemnização legalmente prevista, que se destina a apoiá-los financeiramente na transição para uma nova relação de trabalho, então é incompatível com os artigos 2.º e 6.º da Directiva 2000/78/CE negar-se a referida indemnização por despedimento aos trabalhadores que, no momento da cessação da relação de trabalho, podem obter uma pensão de reforma, desde que não seja tido em consideração:

— se o trabalhador em causa vai efectivamente receber a pensão de reforma ou se, em vez disso, vai permanecer à disposição do mercado de trabalho; e

— se uma passagem à reforma no momento em causa implica para o trabalhador uma penalização de pré-reforma significativa ou outras penalizações financeiras significativas no tocante ao montante da reforma.»